

## 5. Kapitel:

### Die Notwendigkeit einer Neukonzeption

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat an vielen Stellen gezeigt, daß die grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten neu konzipiert werden müssen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten ist nicht gegenstandsgerecht. Die markantesten Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse sollen abschließend mit Blick auf die zentralen Erkenntnisse des ersten Kapitels in einen übergreifenden Zusammenhang gestellt werden.

Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt das Gericht erstmals grundrechtliche Garantien und Rechte, die sich genuin auf den Umgang mit Informationen und Daten beziehen, die die Grundrechtsträger betreffen. Es reagiert damit auf die Leistungsgrenzen des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre und des Persönlichkeitschutzes. Nach seinen Schutzziele und nach seinem Schutzkonzept richtet sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf den Schutz gegen, das Wissen über und den Einfluß auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten. Der unmittelbare Gegenstandsbezug, der höhere Abstraktionsgrad und die größere Flexibilität sind wichtige Innovationen. Dagegen ist die Fassung des Schutzgehalts als Befugnis, über die Preisgabe und Verwendung von Daten selbst zu bestimmen, mißglückt. Ihre Wahl ist genetisch zu erklären. Prägend haben sich hier zum einen die Figuren aus der vorangegangenen Rechtsprechung vor allem zum Persönlichkeitsrecht, zum anderen Entwürfe aus der Diskussion um den Datenschutz ausgewirkt. Das Gericht konzipiert den Schutzgehalt nach den Mustern der traditionellen Dogmatik, die nicht passen. Zugleich hat es aber auch die bereits damals vielfältigen und breitgefächerten Überlegungen zum Datenschutz in eine sehr verkürzende Form gebracht.<sup>534</sup> Das führt dazu, daß viele Fragen offen bleiben oder nicht überzeugend gelöst werden. Das gilt beispielsweise für die dogmatische Umsetzung der Unterscheidung von Informationen und Daten, für die Determinationsreichweite des entwickelten individuellen Entscheidungsrechts, für den daraus folgenden Bedarf an gesetzlichen Ermächtigungen und deren Gestaltung als Eingriffsermächtigungen oder für die Rolle der Kenntnisrechte. Allerdings hat die Rechtsprechungsanalyse gleichermaßen deutlich gezeigt, daß eine angemessene Lösung nicht in der Rückkehr zu den überkommenen Figuren des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre oder des Persönlichkeitsrechts liegen kann.<sup>535</sup> Die innovativen Elemente, die die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in sich birgt, müssen im Gegenteil aufgegriffen und weiterentwickelt werden. Man benötigt einen gegenstandsgerechten Ansatz.

534 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

535 Eine solche Rückwendung wird nicht selten, gegebenenfalls mit kleineren Modifikationen, ausdrücklich gefordert. Vgl. z.B. Rogall, Informationseingriff, etwa S. 57 f. Zum Vorschlag eines „abgestuften Persönlichkeitschutzes“ siehe *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 162 ff.

Die Untersuchung der Charakteristika des Gegenstandes verweist darauf, daß dies vor allem heißt: einen Ansatz, der sich verglichen mit der überkommenen Dogmatik und den gewohnten Schutzgütern eigenständig, mehrdimensional und komplex gestaltet.

Richten sich Gegenstand und Ziel des Schutzes auf Garantien und Rechte, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten determinieren, muß man bereits bei der Beschreibung des Gewährleistungsinhalts – statt der traditionell auf das Individuum konzentrierten Sicht – eine übergreifende Perspektive einnehmen. Denn andere Beteiligte, nämlich die sich informierenden Stellen oder Personen, sind als diejenigen, die die Informationen erst bilden, strukturell involviert; die Informationen werden im jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext gewonnen und umgesetzt; in der Prozeßdimension sind die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in die jeweiligen Kommunikations- und Entscheidungsabläufe eingewebt. Insgesamt ist der Gegenstand nicht mit individualistischen Zuordnungsmustern faßbar. In einer solchen Form können personenbezogene Informationen weder der Person, auf die ihr Aussagegehalt verweist, noch der Person oder Stelle, die sich informiert, noch beiden zugleich zugeordnet werden. In informationsrechtlicher Perspektive paßt ein Verfügungsmodell als Grundansatz auch für personenbezogene Daten nicht, weil diese Ebene der Informationsebene nachzuschalten ist.

Rechte des Betroffenen, die sich auf den Umgang anderer mit den auf ihn verweisenden Informationen und Daten beziehen, sind somit nicht mit der Idee der Selbstbestimmung im Sinne einer „natürlichen Freiheit“ zu begreifen. Statt dessen hat man mit grundrechtlich konstituierten individuellen Positionen zu tun, die aus der übergreifenden Perspektive heraus entwickelt und normorientiert besonders begründet werden müssen. Nutzt man die im ersten Kapitel aufgezeigte Entwicklung der Grundrechtsnormen hin zu objektivrechtlichen Gewährleistungen, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen und individuellen Rechte erst noch zu konkretisieren hat, ist es denkbar, zu einem Bündel informations- und datenbezogener Garantien und Rechte zu gelangen, das aus verschiedenen und zugleich ineinandergreifenden Positionen besteht.<sup>536</sup> Die Überlegungen zu den Charakteristika des Gegenstandes haben freilich deutlich gemacht, daß man dabei

536 Zu allem ausführlich Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C. Bei *Simitis*, Gedächtnisverlust, S. 1491 f., gewinnt man den Eindruck, mit der Ablehnung von Verfügungsrechten müßten subjektive Rechte überhaupt abgelehnt werden: „Wo ... die Selbstbestimmung in ein absolutes Verfügungsrecht umschlägt, droht dem sozialen und politischen Diskurs keine geringere Gefahr als in den Fällen, in denen personenbezogene Daten jederzeit für jeden nur möglichen Zweck verarbeitet werden können. Eben deshalb ist der Schritt von der Anerkennung der informationellen Selbstbestimmung zum subjektiven Recht auf einen bestimmten Ablauf der Verarbeitung alles andere als selbstverständlich. Mag sein, daß es, jedenfalls auf den ersten Blick, nur ‚natürlich‘ erscheint, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten auch und gerade als ein Recht des Betroffenen zu verstehen. Wer allerdings diesen Weg einschlägt, nimmt die Privatisierung des Kommunikationsprozesses in Kauf. Mit dem subjektiven Recht avanciert die individuelle Verfügungsmacht über die jeweiligen Angaben zum tragenden Verarbeitungsgrundsatz. ... Statt deshalb ein subjektives Recht zu konturieren, gilt es, die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung als Freiheitsgarantie zu verstehen.“ Wenn man letzteres als Ausschließungsverhältnis zu verstehen haben sollte, läge darin allerdings ein Mißverständnis des Begriffs des subjektiven Rechts, siehe dazu oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.II.

dogmatisch und methodisch mit neuartigen Anforderungen rechnen muß. Zwei Aspekte können unter Berücksichtigung der Rechtsprechungsanalyse herausgestellt werden.

Zum einen weist die normorientierte Begründung, warum und inwieweit dem Einzelnen Rechte im Hinblick auf die Informations- und Datenverarbeitungen staatlicher Stellen (oder privater Dritter) zustehen, eigenständige Züge auf, indem Begriffe und Argumentationsmuster auftauchen, die sich von denjenigen der traditionellen Dogmatik unterscheiden. Ansatzpunkte einer solchen Begründung finden sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hin zum Volkszählungsurteil vor allem dann, wenn die neuartigen Aspekte eines Falles oder eine notwendig werdende Abwägung eine begründende Argumentation verlangen. So stellt das Gericht im Tonband-Beschluß darauf ab, daß die Unbefangenheit und die Entfaltung in einer Kommunikation gestört würden, wenn die Teilnehmer damit rechnen müßten, daß ihre Gesprächsbeiträge aufgezeichnet und in anderen Zusammenhängen verwendet werden. Im Lebach-Urteil sind die Nachteile entscheidend, denen der Beschwerdeführer einerseits wegen des über ihn entstehenden Bildes und des daraus resultierenden Verhaltens der Zuschauer, andererseits wegen seiner eigenen Verunsicherung ausgesetzt wäre. In der Entscheidung zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren spielt eine Rolle, daß die Rechte des Beschwerdeführers unterlaufen würden, wenn seine Angaben weitergeleitet bzw. strafrechtlich verwertet werden dürften. Die Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Volkszählungsurteil wird mit Überlegungen zu den Wirkungen gestützt, die rechtlich ungebundene Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge auf das – gegebenenfalls grundrechtsgeschützte – Verhalten und auf die Befindlichkeit der Grundrechtsträger haben. Im Mittelpunkt begründender Argumentationen stehen also die absehbaren oder typischerweise erwartbaren Folgen, die mit der Gewinnung und den Verwendungsweisen von Informationen oder mit der Verarbeitung von Daten verbunden sind. Zur Steuerung dieser Folgen werden Rechtspositionen hergeleitet, die den Umgang mit Informationen und Daten als Ursache der normativ unerwünschten Folgen determinieren.

In der Rechtsprechung nach dem Volkszählungsurteil sind die Novellierungen des Art. 10 GG, des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts aufschlußreich. Art. 10 GG wird aus der Paradigma der Privatsphäre gelöst. Statt dessen steht die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation im Mittelpunkt. Art. 10 GG schützt die „verdateten“ Kommunikationsbeiträge und -umstände aber nicht im Sinne einer eigentumsanalogen Bestimmungsbefugnis, sondern im Sinne eines material begründeten Freiheitsschutzes, den das Gericht mit Hilfe einer folgenorientierten Argumentation konkretisiert. Auch das Recht auf Achtung der Privatsphäre wird neu gestaltet und nunmehr zum Teil unmittelbar informationsorientiert angelegt. Sein Schutz wird insoweit ebenfalls mit Hilfe einer normgeleiteten, vor allem folgenorientierten Argumentation konkretisiert. Dann trägt der hinsichtlich des Wissens anderer bestehende Schutzbedarf die Herleitung des Schutzes der Privatsphäre und erklärt zugleich, warum dem Einzelnen Rechte im Hinblick auf die Wissensinteressen und Informations- und Datenverarbeitungen anderer zukommen. Beim Persönlichkeitsrecht wird das „Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person“ abgelöst. Zudem wird das „Recht am eigenen Bild“ mit neuen Inhalten ausge-

füllt. Schutzgehalte und Schutzpositionen werden nicht mehr in Form individualistischer Muster, sondern mit Hilfe einer sozialen Perspektive konkretisiert. Auch in diesem Rahmen spielen normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentationen eine zentrale Rolle. Die Begründung des Schutzes steckt in der normativen Konkretisierung.

Zum anderen ist dogmatisch einzufangen, daß die Unterscheidung von Informationen und Daten berücksichtigt werden und daß der Schutz der Grundrechtsträger hinsichtlich der *Informationen*, die staatliche Stellen oder private Dritte über sie erzeugen und verwenden, im Zentrum stehen muß. Die dargelegten Begründungsmuster, vor allem die folgenorientierten Argumentationen, die das Bundesverfassungsgericht selbst wählt, sind dafür ein klarer Beleg. Das aber ist voraussetzungsvoll. Will man Informationsvorgänge und die darauf bezogenen Datenverarbeitungen nach ihren Inhalten und Wirkungen rechtlich differenziert behandeln, muß man in der Lage sein, sie zu beschreiben oder zu prognostizieren und insofern einen bereits strukturierten und abschätzbaren Kommunikations- und Verwendungskontext zugrunde zu legen. Ein solcher Kontext ist jedoch nicht faktisch vorgegeben. Er wäre in verbindlicher Form nur durch rechtliche Regelungen zu her- und sicherzustellen. Überspitzt formuliert ließe ein Gesetz, das den Umgang mit Informationen und Daten regelt, selbst erst den Gegenstand – die Informationsvorgänge in ihren Inhalten und Wirkungen – erkennen, im Hinblick auf den das Grundrecht die Maßstäbe liefert, an denen das Gesetz gemessen wird. Eine solche Perspektive klingt im Volkszählungsurteil durchaus an:

„Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs: Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, läßt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten.“<sup>537</sup>

In dieser Form handelte es sich freilich um eine zirkuläre Perspektive.<sup>538</sup> Eine solche Zirkularität schließt aus, daß die Grundrechte ihre Maßstabsfunktion in einer zumindest relativen Hierarchie von Grundrecht und Gesetz entfalten können. Man muß also eine Konzeption entwickeln, im Rahmen derer Schutzelemente, ohne daß sie zirkulär gerät, in Orientierung an den Inhalten und Wirkungen von Informationen ausgearbeitet sowie dogmatisch umgesetzt werden können und die dadurch einen entsprechend differenzierten „gefährdungsabhängigen“<sup>539</sup> rechtlichen Zugriff ermöglicht.

Im Ergebnis drängt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst eine Neukonzeption der grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten auf. Haben die Maßgaben der Norm im Zentrum zu stehen und die erforderlichen Begründungen und Wertungen zu stützen, ist zunächst zu untersuchen,

537 BVerfGE 65, 1 (45).

538 Vgl. auch *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 20: „Die Lösung des BVerfG führt ... zu einer Verschleifung von Schutzbereich und Schranken und damit zu einem unkonturierten Abwägungsmechanismus.“

539 Zur Überlegung, daß der Schutz sich zumindest in bestimmten Hinsichten gefährdungsabhängig gestalten muß, *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 527 ff.; *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 21, 23.

ob und inwiefern nicht auch die einzelnen Freiheitsgewährleistungen einschlägig sind. Eine ausschließliche Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 GG, gegebenenfalls i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, könnte ihren guten Sinn haben – etwa weil sich der auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ausgerichtete Schutz einer Zuordnung zu den Einzelgrundrechten entzieht.<sup>540</sup> Er könnte aber auch auf deren Aussagen geradezu angewiesen sein. Determinanten und Anregungen für eine Neukonzeption sind zudem und vorab den völker- und europarechtlichen Vorgaben zu entnehmen, die sich auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Sie sind inzwischen ihrerseits über den Stand hinaus entwickelt worden, der bei der Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zugrunde gelegen hat.

540 So im wesentlichen *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 81 ff.